

GUÍA PRÁCTICA SOBRE LA INCLUSIÓN EN UN REGISTRO DE MOROSOS¹

Ana Isabel Mendoza Losana

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo

Resumen: Mediante el formato pregunta-respuesta, este documento pretende aclarar algunas dudas relativas a la inclusión de los datos de un usuario en un registro de información sobre solvencia patrimonial, más conocido como "registro de morosos".

Palabras clave: protección de datos personales, ficheros de información sobre la solvencia patrimonial, registros de morosos, deudores.

Title: Practical guide about the processing of personal data relating to the fulfillment or non-fulfillment of financial obligations

Abstract: This paper exposes the rules of the processing of personal data relating to the fulfillment or non-fulfillment of financial obligations and the provision of information services on creditworthiness and credit.

Keywords: processing of personal data, fulfillment or non-fulfillment of financial obligations, information services on creditworthiness and credit.

Sumario. Introducción. 1ª. ¿Es legal la inclusión en un RM? 2ª. ¿Qué requisitos se deben cumplir? 3ª. ¿Cuándo y cómo ha de ser informado el cliente de su inclusión en un RM? 4ª. Reclamada una deuda, ¿es posible la inclusión en un RM? 5ª. ¿Qué reclamaciones generan una duda razonable sobre la existencia de una deuda "cierta" y por tanto, impiden la inclusión en el registro de morosos o precipitan la cancelación del dato ya incluido? 6ª. ¿Qué documentos impiden la inclusión en el RM? 7ª. Discutida la cuantía de una deuda, ¿está justificada la inclusión de los

¹ Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

datos en un RM? 8ª. ¿Cuánto tiempo pueden permanecer los datos en un RM? 9ª. ¿Qué hacer si un usuario constata la inclusión impropia de sus datos en un registro de morosos? 10ª. ¿Qué consecuencias jurídicas tiene la inclusión indebida en un RM? 11ª. ¿Qué puede hacer la Administración de Consumo ante la inclusión indebida de un usuario en un RM?

Introducción

Se plantea consulta al Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha sobre la práctica adoptada por algunos operadores de servicios de telecomunicaciones consistente en incluir en registros de información sobre solvencia patrimonial y sobre el cumplimiento de obligaciones dinerarias, más conocidos como "registros de morosos" (en adelante, RM), los datos de usuarios que, no estando conformes con las facturas emitidas, han reclamado ante la Administración de Consumo (OMIC o servicios de consumo de las Comunidades Autónomas) o incluso han instado el inicio del procedimiento arbitral de consumo, habiéndose solicitado expresamente en el escrito de reclamación la no inclusión en estos registros². En concreto, se cuestiona:

- a) Si el comportamiento de los operadores telefónicos es correcto y si al no serlo, independientemente de la reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), se podría plantear la denuncia ante las autoridades de Consumo;
- b) Cual sería la forma de proceder ante la AEPD para solicitar la baja en el fichero de morosos, habiendo sido incluido por las causas reseñadas, hasta tanto no se resuelva la reclamación del usuario.

Aprovechando el planteamiento de la consulta, mediante el formato pregunta-respuesta, este documento pretende aclarar algunas dudas relativas a la inclusión de los datos de un usuario en un RM, cuestión de especial interés en las relaciones contractuales derivadas de la prestación de servicios de tracto continuado (telecomunicaciones, suministros básicos o contratos bancarios, entre otros).

1ª. ¿Es legal la inclusión en un RM?

Sí, el Tribunal Constitucional ha considerado que los datos económicos y bancarios de una persona forman parte de la esfera de su intimidad, si bien no existe un derecho absoluto a su reserva, y su protección no es ilimitada (STC de 26-11-1984, RTC 1984/110; ATC de 23-7-1986, RTC 642/1986; STC de 26-4-1990, RTC 1990/76). En particular, los registros de morosos, en los que se recogen datos relativos a la solvencia de las personas, son legítimos y cumplen

² Recogiendo literalmente los términos de la consulta, en el escrito de reclamación se incluye la siguiente solicitud: "Que este escrito sea considerado como reclamación a la deuda que se le pudiera imputar al Sr. y como consecuencia de ello, hasta tanto no se resuelva, de acuerdo con el artículo 38.1 a) del R.D. 1720/2007, 21 de diciembre, no sean incluidos los datos relativos a D. ... referidos al incumplimiento de obligaciones dinerarias en ningún fichero sobre solvencia patrimonial y crédito".

una finalidad en el tráfico económico, tal y como afirmó el Tribunal de Defensa de la Competencia (Resolución de 8-2-2005, AC 2005/184). El problema que se plantea es cómo conciliar el interés en conocer la solvencia de las personas con una adecuada protección de los derechos de la personalidad, evitando intromisiones no justificadas.

El artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)³ regula la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, admitiendo que quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto (ej. boletines oficiales) o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento (art. 29.1 LOPD) o también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés (art. 29.2 LOPD).

Los ficheros a los que se refiere el artículo 29.1 no se apartan de la regulación común que establece la LOPD, los mencionados por el artículo 29.2 presentan un conjunto de especialidades, -principalmente la excepción del principio del consentimiento tanto en la recogida de los datos como en su tratamiento-, que hacen imprescindibles exigir ciertas cautelas y requisitos específicos.

2ª. ¿Qué requisitos se deben cumplir?

Los requisitos para la correcta inscripción en un RM se regulan en el propio artículo 29 de la LOPD, desarrollado por los artículos 38 a 44 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999⁴ y en la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito (Norma Primera, punto 1)⁵, que a pesar de la aprobación del RD 1720/2007, sigue siendo invocada en la fundamentación jurídica de las diversas resoluciones de la AEPD relativas a registros de morosos (cfr. Resolución de 24-1-2011, dictada en el procedimiento sancionador PS/00457/2010, instruido a la entidad France Telecom España S.A)⁶.

El Tribunal Supremo en tres sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección 6ª), de 15 de julio de 2010 (RJ 2010, 6271; RJ 2010,6272 y RJ 2011,954), se pronunció sobre la nulidad de varios preceptos

³ BOE núm. 298, de 14-12-1999.

⁴ BOE núm. 17, de 19-1-2008.

⁵ BOE núm. 54, de 4-3-1995.

⁶ La jurisprudencia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el valor normativo de las Instrucciones dictadas por el presidente de la Agencia y su carácter vinculante, que no implica sustitución de la potestad reglamentaria del Gobierno, sino ejercicio de la tutela de la AEPD sobre la normativa sectorial (STS de 16-2-2007 [RJ 2007,739], sentencias de la Audiencia Nacional de 12-2-2008 y de 11-3-2011 [RJ 2011/103477]).

del RD 1720/2007. Las citadas sentencias resolvieron los recursos interpuestos, respectivamente, por la Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo, la Asociación Nacional de establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) y Experian Bureau de Crédito S.A. El Tribunal Supremo anuló los artículos 11, 18, 38.1.a) inciso final, 38.2 y 123.2 y dejó impreguzgada la impugnación del art. 10.2.a) y b) por planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Más tarde, la misma sala del Tribunal Supremo, vinculada por la respuesta del TJUE⁷, anuló también el apartado b del artículo 10.2 y desestimó la impugnación del artículo 10.2,a en su sentencia de 8 de febrero de 2012 (RJ\2012\291). Nos centramos aquí en las dos sentencias referentes al artículo 38.1 del citado Reglamento (RJ 2010\6272 y RJ 2011\954), que después se comentarán al hilo de las respuestas dadas a las diversas cuestiones planteadas.

Tras la anulación parcial del RD 1720/2007 por el TS, para la correcta inclusión de los datos en un registro de información sobre solvencia patrimonial han de cumplirse los siguientes requisitos:

1º. *Procedencia de los datos.* El consentimiento del interesado para el tratamiento de datos personales ha de constar de forma expresa (art. 6.1 LOPD). Considerando que en la mayoría de las ocasiones, la contratación de servicios de consumo y especialmente, los de telecomunicaciones, se produce por vía telefónica, el operador que cede los datos de un abonado a un RM tendrá ciertas dificultades para probar el otorgamiento de este consentimiento por parte del interesado. La aportación por el operador del registro de llamadas realizadas desde el número del interesado no es prueba suficiente que acredite la contratación de la línea y el otorgamiento del consentimiento al tratamiento de datos personales, máxime si el interesado niega la contratación (v. Resolución de 7-11-2006, R/00810/2006 dictada en el procedimiento sancionador PS/00070/2006, instruido por la AEPD a la entidad Telefónica Móviles). Por el contrario, la aportación de copia de un CD-ROM que contiene una conversación telefónica entre el operador y una persona que aporta los datos del denunciante y en el que se presta su conformidad a iniciar la portabilidad de números de teléfono móviles sí es un medio de prueba suficiente para justificar la relación contractual con el denunciante que habilitaría, de conformidad con el artículo 6.2 de la LOPD, al tratamiento de sus datos (Resolución AEPD de 9-12-2010, expediente nº E/00902/2010, de archivo de actuaciones practicadas por la AEPD ante las entidades ASNEF Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L., Experian Bureau de Crédito, S.A., Telefónica Móviles España S.A).

Probada la emisión del consentimiento, éste sólo tiene efectos durante el tiempo que dura la relación contractual. Por ello, la práctica de facturar

⁷ Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2011, Sala Tercera, asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) (asunto C-468/10), Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD) (asunto C-469/10) y Administración del Estado.

servicios tras la solicitud de baja y en caso de impago, incluir en un RM constituye una práctica doblemente ilegal: ni es válido el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos, ni existe una deuda cierta, vencida y exigible (cfr. requisito 2º).

Pero hay más. La inclusión indebida de datos de personas físicas en un fichero de solvencia patrimonial constituye una intromisión en el honor (SSTS de 5 de julio de 2004, Sala de lo Civil, sección 1ª, RJ 2004/4941; del Pleno de la Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2009, RJ 2009/3166 y de 9 abril de 2012, RJ 2012\4638⁸). No en vano la publicación de la morosidad de una persona incide negativamente en su buen nombre, prestigio o reputación y en su dignidad personal. Así se desprende del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (LPDH)⁹ y en este sentido, el TS ha declarado que “el ataque al honor del demandante, lo conforma el hecho probado de la inclusión indebida en el registro de morosos, por deuda inexistente, lo que indudablemente, sobre todo tratándose de una persona no comerciante, supone desmerecimiento y descrédito en la consideración ajena, pues esta clase de registros suele incluir a personas valoradas socialmente en forma negativa o al menos con recelos y reparos, sobre todo cuando se trata de llevar a cabo relaciones contractuales con las mismas” (STS 5-7-2004). Y es intrascendente que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, “ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública. Sí, además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito) sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3 LPDH” (STS 24-4-2009).

- 2º. *Existencia de una deuda cierta, vencida y exigible que haya resultado impagada.* Infringe la normativa sobre protección de datos (arts. 4 y 29.4 LOPD, art. 38.1,a RD 1720/2007 y Norma 1 Instrucción 1/1995) el operador que cede datos del usuario para su inclusión en RM, cuando la reclamación de pago es infundada por no haber cumplido el propio operador sus obligaciones contractuales; o cuando el usuario ha comunicado su decisión de causar baja. Se impone al responsable del tratamiento de datos, -operador cedente de datos-, un especial deber de diligencia al comprobar la exactitud y veracidad de los datos que pretende ceder. Incurrir en infracción por vulneración del principio de calidad de los datos (art. 4.3 LOPD) el

⁸ La sentencia citada juzga la inclusión de datos en un fichero de morosos por el impago de la deuda derivada de un crédito que la demandante nunca contrató. El TS califica esta conducta como una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la recurrente y en relación a la actuación de la entidad financiera declara que “comunicar hechos no veraces a un registro de morosos es una conducta contraria a los buenos usos y prácticas bancarios, pues las entidades bancarias deben velar de modo muy prudente por la exacta comunicación de tan importantes datos, atendiendo también a los perjuicios que pueden causar cuando alguien falsamente es considerado moroso”.

⁹ BOE núm. 115, 14-5-1982.

operador que facilita datos de abonados para su inclusión en un fichero sobre solvencia patrimonial y crédito sin haber comprobado previamente la existencia real de la deuda (ej. inclusión en registro por falta de pago de servicios facturados tras la solicitud de baja no tramitada o por el impago de facturas anuladas por servicios no prestados).

Las dudas acerca de la existencia de la deuda impiden la incorporación de los datos al RM. No obstante, tras la anulación parcial del artículo 38.1,a del RD 1720/2007 por el TS, la sola presentación de una reclamación judicial, arbitral o administrativa no impide la inclusión en el RM, pero sí genera una duda razonable acerca de la certeza de la deuda y en su caso, justificará el ejercicio del derecho a la cancelación de los datos (v. respuesta a cuestiones 3ª y 4ª).

3º. *Requerimiento previo de pago.* Incurrir en infracción por vulneración del principio de calidad de los datos (art. 4.3 LOPD) el prestador de servicios que facilita datos de clientes para su inclusión en un fichero sobre solvencia patrimonial y crédito sin haber realizado el correspondiente requerimiento de pago. Como ejemplos, pueden verse las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (AN) de 27 de octubre de 2004; de 1 junio de 2005; de 14 de diciembre de 2006 (RJCA 2007/176); de 9 de enero de 2009 (RJCA 2009,217) y las resoluciones de la AEPD de 23 noviembre 2006, R/00896/2006, dictada en el procedimiento sancionador PS/00276/2005, instruido a las entidades Cableuropa, S.A.U. y Asnef Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L y R/00900/2006 dictada en el procedimiento sancionador PS/00084/2006, instruido a la entidad France Telecom España, S.A; de 25 septiembre 2006, R/00626/2006, dictada en el procedimiento sancionador PS/00345/2005, instruido a las entidades ASNEF EQUIFAX, Servicios de Información de Solvencia y Crédito, S.L., y a France Telecom España, S.A.

4º. *Pertinencia, exactitud y actualidad.* Los datos incluidos en el fichero deben recoger una situación actual y cierta. Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y cuando sean adversos no deberán referirse a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos (sobre el cómputo de este plazo v. cuestión 7ª)

Saldada la deuda o comprobada la inexactitud de los datos, se han de cancelar conforme al procedimiento previsto en el artículo 44 del RD 1720/2007.

5º. *Comunicación al interesado.* El responsable del fichero de información sobre solvencia patrimonial deberá notificar a los interesados respecto de los que se hayan registrado datos de carácter personal, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos, informándole asimismo de la posibilidad de ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, en los términos establecidos por la LOPD (art. 40 RD 1720/2007).

La inclusión de una deuda en un fichero de conocimiento generalizado no está exenta del principio de consentimiento por parte de la persona cuyos datos económicos se publicitan, por lo que los datos de solvencia económica para ser lícitamente publicados, o bien provienen de registros o fuentes de acceso público o si provienen de los propios acreedores, deberán de ser comunicados al presunto deudor, quien tendrá derecho a defenderse de un posible error en esos datos. Error que le puede ser gravemente perjudicial, por razones obvias (SAP Zaragoza 22-2-2007 [AC 2007/813]; Madrid 13-2-2003 [JUR 2003,209160] y 14-1-2003 [JUR 2003,127734]). Esta comunicación es el instrumento tendente a garantizar la tutela de los derechos del interesado incluido en el RM.

3ª. ¿Cuándo y cómo ha de ser informado el cliente de su inclusión en un RM?

El acreedor deberá informar al deudor en dos momentos distintos, esto es, **en el momento en que se celebre el contrato** y, en todo caso, **al tiempo de efectuar el requerimiento de pago** al que se refiere el artículo 38,1,c, de que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los requisitos exigidos por el citado artículo, los datos del impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias (art. 39 RD 1720/2007).

Además, como ya se ha indicado, el responsable del fichero común deberá notificar a los interesados, cuyos datos hayan sido registrados, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los datos que hubiesen sido incluidos, informándole asimismo de la posibilidad de ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999 (art. 40 RD 1720/2007).

Se ha de efectuar una notificación por cada deuda concreta y determinada con independencia de que ésta se tenga con el mismo o con distintos acreedores.

Se regulan los requisitos para garantizar que la notificación se ha llevado a cabo (art. 40 Real Decreto 1720/2007). La notificación se practicará a través de un medio fiable, auditable e independiente de la entidad notificante, que permita acreditar la efectiva realización de los envíos. En todo caso, será necesario que el responsable del fichero pueda conocer si la notificación ha sido objeto de devolución por cualquier causa y, si ha sido devuelta, no podrá proceder al tratamiento de los datos referidos a ese interesado, salvo que el propio interesado haya rehusado recibirla.

Si la notificación de inclusión fuera devuelta, el responsable del fichero común comprobará con la entidad acreedora que la dirección utilizada para efectuar esta notificación se corresponde con la contractualmente pactada con el cliente a efectos de comunicaciones y no procederá al tratamiento de los datos si la mencionada entidad no confirma la exactitud de este dato. No justifica la falta

de notificación el carácter incompleto de los datos facilitados por quien los proporciona (ej. domicilio incompleto). Corresponde al responsable del fichero requerir la información necesaria para practicar esta comunicación (SAN 6 abril 2005, JUR 2006/238705).

Previo solicitud del interesado, el responsable del tratamiento deberá comunicar los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre los mismos hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado tales datos (art. 29.3 LOPD).

4ª. Reclamada una deuda, ¿es posible la inclusión en un RM?

Entre otros requisitos, el artículo 38.1,a del RD 1720/2007, en su redacción original, exigía la "existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada y respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero", estableciendo además que "no podrán incluirse en los ficheros de esta naturaleza datos personales sobre los que exista un principio de prueba que de forma indiciaria contradiga alguno de los requisitos anteriores", de modo que "tal circunstancia determinará asimismo la cancelación cautelar del dato personal desfavorable en los supuestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero". Impugnado el reglamento por varias entidades, **el TS se pronuncia sobre este precepto, anulando la frase relativa a la presentación de una reclamación**, -escrita en cursiva-, **por falta de concreción** (sentencias de 15 de julio de 2010, RJ 2010\6272 y RJ 2011\954).

Con todo, la anulación parcial del artículo 38.1,a del RD 1720/2007 no significa que el TS acepte sin ambages la inclusión en un RM de una deuda de dudosa existencia. El TS es consciente de que se pueden producir efectos no deseados tanto si se acepta que los datos relativos a la deuda reclamada por vía administrativa, arbitral o judicial pueden incluirse en un registro de morosos como si se opta por la opción contraria. En el primer caso se establece una presunción *iures et de iure* de certeza de la deuda a favor del acreedor y en el segundo a favor del deudor. Ni lo uno ni lo otro se compagina bien con la exigencia de veracidad de la deuda derivada de los artículos 4.3 y 29.4 de la LOPD.

El problema es que la calificación de una deuda como cierta o exigible no siempre es sencilla, ya que en el desarrollo de la relación contractual pueden darse situaciones que permitan cuestionar tales extremos (ej. interpretación de cláusulas contractuales relativas a la aplicación de cláusulas de penalización o sobre la aplicación de franquicias por robo o pérdida de tarjeta de crédito), por lo que en aquellos casos en los que le conste a la parte acreedora la oposición del deudor y se trate de una alegación que presente cierta solidez, no parece justificada la inclusión en el RM.

Afirmar que la presentación de una reclamación, incluso judicial, no impide la inclusión en el RM representa una amenaza al derecho a la tutela judicial efectiva, que el TS no puede amparar. Tal interpretación supone aceptar que cabe incluir en el citado RM datos sobre una deuda de dudosa existencia y que por ende, se atribuye al acreedor un medio exorbitante para exigir el pago anticipado a la resolución final del conflicto. En palabras de la Audiencia Nacional, “aquel que utiliza un medio extraordinario de cobro como es el de la anotación de la deuda en un registro de morosos, debe garantizar el cumplimiento de todos los requisitos materiales (exactitud el dato) y formales (requerimiento previo) que permitan el empleo de este modo accesorio para conseguir el cobro de la deuda. No aplicar esta exigencia supondría, por lo contrario, utilizar este medio de presión al recurrente sin el suficiente aseguramiento de las mínimas garantías para los titulares de los datos que son anotados en los registros de morosos” (SAN 20-4-2006), pudiendo ocasionar daños, a veces irreparables al deudor, en la medida en la que la inclusión de datos erróneos en los registros de referencia lesiona el honor (v. *supra* SSTs de 24-4-2009, RJ 2009/3166 y de 9-4-2012, RJ 2012\4638); la aludida interpretación significa también presumir la veracidad de las facturas emitidas por el acreedor, documento privado creado unilateralmente por éste y ante el que el deudor sólo puede defenderse a través de la reclamación (sentencia AP Madrid, sección 13ª, de 14-1-2003, JUR 2003/127734).

Para comprender bien el alcance de la doctrina del TS es preciso reparar en que el motivo de nulidad invocado no es tanto de fondo como de forma. Se reprocha al precepto reglamentario su falta de concreción y por ello, se declara nulo lo cual no significa en modo alguno que el TS admita la inclusión de datos en un RM de una deuda de cuestionada existencia y obviamente, esto ocurre cuando se ha presentado una reclamación. La falta de concreción da lugar a la nulidad del precepto por la inseguridad jurídica que genera desde el punto de vista sancionador. En su redacción original, el artículo 38.1,a) suponía que tanto el acreedor como el responsable del fichero podrían ser sancionados por incluir datos en el registro de morosos habiéndose presentado cualquier tipo de reclamación contra la deuda. Sin embargo, **una cosa es la exigencia de seguridad derivada del Derecho sancionador y otra la exigencia de veracidad de la deuda derivada de la LOPD. Sin perjuicio de la anulación parcial del artículo 38.1.a) del RD 1720/2007, la diligencia exigible a un profesional del tráfico jurídico mercantil obligará al acreedor reclamado a comprobar lo fundado de la reclamación.** Así, no cometerá infracción el acreedor que cede datos sobre una deuda por el solo hecho de existir una reclamación, pero sí podrá ser sancionado por ceder datos erróneos o no veraces por responder a deudas no ciertas, si la resolución final considera inexistente la deuda y en cualquier caso, **el usuario reclamante tendrá derecho a exigir la cancelación de los datos por incumplir los requisitos de veracidad** exigidos por el artículo 4.3 de la LOPD, por la parte no anulada del artículo 38.1,a del RD 1720/2007 y por la norma primera de la Instrucción 1/1995. La AEPD se ha pronunciado con meridiana claridad al respecto en su resolución R/00226/2011, de 11-2-21011, en la que sanciona a Telefónica Móviles por incluir y mantener en el fichero de ASNEF los datos de un usuario

que había solicitado y comunicado mediante burofax el inicio del arbitraje de consumo en relación a una factura en la que se incluye un cargo por incumplimiento de cláusula de permanencia (en similares términos, aunque con distinto resultado, resolución R/00340/2011, de 4-3-2011, de archivo de expediente sancionador abierto contra France Telecom).

En resumen, **la presentación de una reclamación no impide *per se* la inclusión en el RM, pero sí permite cuestionar la certeza de la deuda y por ello ejercer el derecho a la cancelación del dato.** Sin perjuicio de la nulidad parcial del artículo 38.1.a del RD 1720/2007 declarada por el TS, el principio de calidad de los datos (art. 4.3 LOPD) y la diligencia mínima exigible a cualquier responsable de un fichero o de un tratamiento de datos obligan a éste a no incluir en el fichero los datos sobre una deuda reclamada.

Ha de extremarse la diligencia para que los posibles errores no se produzcan (v. sentencias AN de 16-02-2002, Sala de lo Contencioso-Administrativa, sección primera, número de recurso 1144/1999 y AP de Zaragoza de 22-2-2007, AC 2007/813), de modo que las empresas prestadoras de servicios, igual que las entidades bancarias o aseguradoras, acostumbradas al manejo de datos, deben ser escrupulosas en el cumplimiento de la normativa de protección de datos, máxime a la hora de ceder los datos a un fichero común, pues se trata de un mecanismo excepcional que la LOPD les otorga, asegurándose la inclusión y/o la baja del fichero cuando la exigibilidad se ponga en duda mediante la presentación de una reclamación o como ocurría en uno de los supuestos analizado por la AEPD, mediante la imputación de los empleados de la entidad en un proceso penal (resolución de la AEPD de 30-7-2010, R/01549/2010, contra la Caixa). En caso de que no se proceda a la cancelación del dato relativo a la deuda reclamada y la resolución final de la reclamación niegue la existencia de dicha deuda, la resolución tendrá eficacia declarativa *ex tunc*, es decir, los datos fueron erróneos desde su inclusión y por ello, se vulnera el principio de calidad de los datos del artículo 4.3 de la LOPD en relación con su artículo 29.4 y con el artículo 38.1 del Reglamento de desarrollo. Correlativamente, cabe la sanción y la exigencia de responsabilidad por los daños causados (SAP Islas Baleares, sección 5ª, de 5 julio de 2010, JUR 2010\296967). De ahí, que la AEPD sancione a aquellos acreedores que conociendo la presentación de una demanda judicial no hayan accedido a la inmediata cancelación de los datos incluidos en un registro de morosos (resolución de la AEPD de 30-7-2010, R/01549/2010, contra la Caixa) o por el contrario, haya archivado las actuaciones iniciadas en un procedimiento sancionador en aquellos casos en los que no se ha podido probar que se había notificado al acreedor la demanda o el inicio del procedimiento administrativo ante la SETSI (resoluciones de la AEPD de 9-12-2010, expte. E/00902/2010, de archivo de actuaciones practicadas por la AEPD ante las entidades ASNEF Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L., Experian Bureau de Crédito, S.A. y Telefónica Móviles España S.A; R/00083/2011, de 24-1-2011, archivando actuaciones contra France Telecom España).

Por consiguiente, la cuestión a responder no es tanto si la reclamación impide el ingreso en el RM, sino más bien ¿qué reclamaciones generan una duda

razonable sobre la existencia de una deuda "cierta" y por tanto, impiden la inclusión en el RM o precipitan la cancelación del dato ya incluido?

5ª. ¿Qué reclamaciones generan una duda razonable sobre la existencia de una deuda "cierta" y por tanto, impiden la inclusión en el registro de morosos o precipitan la cancelación del dato ya incluido?

Como se ha dicho, la sola presentación de una reclamación no impide el ingreso en el RM. De *lege ferenda*, el reglamento de desarrollo de la LOPD debería concretar qué reclamaciones justifican la no inclusión en el RM o en su caso, la expulsión cautelar. En el escenario surgido tras la anulación parcial del artículo 38.1,a del RD 1720/2007, para que la inclusión de datos en el RM constituya una infracción administrativa sancionable **es necesario que la reclamación que pone en entredicho la certeza de la deuda se presente ante un órgano competente para resolver sobre la cuestión de fondo con carácter vinculante; que la presentación de la reclamación sea notificada al acreedor y que la reclamación verse sobre la existencia de la deuda (no sobre la cuantía)**. En particular, concurren estas circunstancias en los siguientes supuestos:

- a) Cuando **el deudor ha presentado una reclamación judicial o arbitral** y ésta ha sido notificada al acreedor. Si la demanda ha sido presentada por el acreedor, salvo prueba en contrario, ha de admitirse que la deuda es cierta.

Por otra parte, si la demanda judicial o arbitral no ha sido notificada al acreedor, no se le puede reprochar incluir datos sobre los que existe una duda razonable de certeza.

En cualquier caso, es preciso que el órgano ante el que se presenta la reclamación sea competente para resolver. No impide la incorporación de los datos a un RM la solicitud de arbitraje de consumo, cuando el usuario reclamante es titular de un "contrato-empresa" que queda fuera de las competencias de la junta arbitral (Resolución AEPD, R/00340/2011, de 4-3-2011, en el procedimiento sancionador PS/00479/2010, instruido a la entidad *France Telecom España, S.A.*);

- b) Cuando **el deudor ha presentado reclamación administrativa análoga a la reclamación judicial o arbitral**, entendiendo por tal aquella en la que el órgano administrativo tiene competencia para resolver mediante acto administrativo vinculante para ambas partes sobre la existencia o inexistencia de la deuda, así como para ejecutar la resolución final (ej. procedimiento ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información o ante la consejería competente en materia de energía).

Por el contrario, según tiene declarado la AEPD, no tendrán este efecto las reclamaciones administrativas en las que el organismo correspondiente se limita a mediar entre las partes para que de mutuo acuerdo resuelvan el

conflicto (ej. reclamación ante los comisionados de defensa del cliente de servicios financieros). Así, la reclamación ante la OMIC o ante los servicios de consumo de las CCAA no sirve para generar incertidumbre sobre la existencia de la deuda, ya que el órgano que conoce la reclamación se limita a mediar entre las partes y no a resolver sobre el fondo del asunto. En otros términos, **la reclamación ante la OMIC o ante los servicios de consumo no impide la inclusión en el RM cuyas atribuciones se circunscriben a la mediación entre las partes** (Resolución de 9-12-2010, de archivo de actuaciones practicadas por la AEPD ante las entidades ASNEF Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L., Experian Bureau de Crédito, S.A., Telefónica Móviles España S.A).

Con todo, adviértase que la inclusión de los datos en un registro de morosos cuando la deuda ha sido reclamada puede tener efectos perversos para el propio acreedor. Aunque la sola presentación de la reclamación (ej. ante la OMIC) no impide la inclusión de los datos en el RM, si posteriormente se acredita la falta de veracidad de la deuda (ej. el prestador del servicio reconoce que hubo un “error informático” o “de gestión” o un alta indebida o la reclamación se resuelve por la SETSI o por la consejería competente en materia de energía a favor del cliente), el acreedor podrá ser sancionado por incluir en el fichero de morosos datos inexactos y será responsable de los daños ocasionados por la inclusión de datos erróneos.

En el escenario surgido de la declaración de nulidad del artículo 38.1, a) del RD 1720/2007, dado que la sola presentación de la reclamación, -incluso judicial-, no justifica *per se* la exclusión del RM, **se impone al deudor reclamante la carga de ejercer su derecho a la cancelación de los datos** por el procedimiento previsto en la normativa de protección de datos alegando la falta de veracidad de la deuda e incluso solicitar como medida cautelar o provisional la no inclusión de los datos en un registro de morosos o en caso de que ya hayan sido incluidos, la expulsión cautelar.

6ª. ¿Qué documentos impiden la inclusión en el RM?

En su redacción original, el artículo 38.2 del RD 1720/2007 prohibía incluir en los ficheros de morosos datos personales sobre los que existiera “un principio de prueba que de forma indiciaria contradiga alguno de los requisitos” exigidos por el artículo 38.1, de modo que “tal circunstancia determinará asimismo la cancelación cautelar del dato personal desfavorable en los supuestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero”. El precepto fue anulado por el TS en su sentencia de 15 de julio de 2010 (RJ 2010/6272), invocando la siguiente argumentación:

“[l]a norma, sin duda, quiere responder al principio de calidad de datos, y no tipifica ‘ex novo’ ninguna infracción. Lo que hace es trasladar la carga de la prueba de la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 38.1 al encargado del tratamiento, pero ha de reconocerse que lo hace en términos tales que origina una gran inseguridad jurídica que puede dar lugar a la

apertura de expedientes sancionadores. Por ello ha de concluirse que no es conforme a derecho. Ciertamente es que la prueba de indicios es una prueba admitida en nuestro derecho, pero no lo es menos, y valga al respecto la cita de la sentencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal de 16 de septiembre de 1996, que no es equiparable a la prueba de presunciones. Sin duda juega un papel relevante en el ámbito cautelar, pero ha de reconocerse que la redacción de la norma al no concretar qué principio de prueba exige (documental, pericial, testifical, etc.), junto a la dificultad de apreciación del grado exigible de la prueba indiciaria, origina en efecto una inseguridad jurídica que debe corregirse”.

Obsérvese que lo que el TS reprocha al precepto reglamentario es la inseguridad jurídica que genera al permitir sancionar a aquel responsable de fichero o encargado del tratamiento de los datos que incluye el dato en un RM o no lo excluye cautelarmente existiendo cualquier indicio que ponga en cuestión el cumplimiento de los requisitos exigidos. El motivo de nulidad es la falta de concreción al no determinar qué prueba (documental, pericial, testifical...) permite cuestionar la concurrencia de los requisitos del artículo 38.1.

La norma primera de la Instrucción APD 1/1995 prevé que no podrán incluirse en los ficheros de información sobre solvencia patrimonial datos personales sobre los que exista un *principio de prueba documental* que aparentemente contradiga alguno de los requisitos exigidos. Tal circunstancia determinará la desaparición cautelar del dato personal desfavorable si ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero. Como se ha dicho, el precepto reglamentario resulta anulado por la generalidad con la que admite la prueba de indicios y por ende por la generalidad con la que tipifica la infracción sancionable. No incurre en esta generalidad la norma primera de la Instrucción de referencia que concreta su exigencia a la prueba documental. Tal circunstancia determinará la desaparición cautelar del dato personal desfavorable si ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero.

El justificante de la solicitud de baja de la prestación de servicios (voluntaria o por incumplimiento) comunicada al prestador de servicios o el justificante de denuncia de robo de tarjeta ha de servir para impedir el ingreso de los datos en el registro de morosos o en su caso, para exigir la salida cautelar del mismo. El usuario podrá acreditar la comunicación al acreedor mediante la presentación del justificante del envío de correo certificado con acuse de recibo o reporte de actividad de fax, burofax...etc. La presentación de esta prueba impide la inclusión en un RM y en su caso, obliga a la desaparición cautelar del dato del registro, si ya se hubiera incluido.

Del mismo modo, el justificante de la presentación y notificación al acreedor de una reclamación judicial, arbitral o administrativa (presentada ante un órgano administrativo con competencias para resolver sobre el contenido de la reclamación), constituirá un principio de prueba documental que impide la inclusión en el RM u obliga a la expulsión del dato ya incluido hasta la resolución de la reclamación.

7ª. Discutida la cuantía de una deuda, ¿está justificada la inclusión de los datos en un RM?

Según tiene declarado la jurisprudencia, las reclamaciones relativas a la cuantía de la deuda justifican la rectificación del dato pero no su cancelación y por ello, la inclusión en el RM no constituye una infracción ni del artículo 29.1 LOPD, ni del artículo 38.1,a del RD 1720/2007, ni correlativamente de la norma primera de la Instrucción 1/1995 (resoluciones de la AEPD R/01329/2010, de 10-6-2010, dictada en el procedimiento sancionador PS/00702/2009, a la entidad *Telefónica Móviles España S.A.*; R/00083/2011, de 24-1-2011, archivando actuaciones contra *France Telecom España*; R/00335/2011, de 28-2-2011, que archiva el procedimiento sancionador iniciado contra Xfera; SAN de 8-7-2010, RJCA 2010/576 y STS de 24/02/2009, RJ 2009/1250, entre otras).

8ª. ¿Cuánto tiempo pueden permanecer los datos en un RM?

Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de **seis años**, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos (art. 29.4 LOPD). Transcurridos seis años, los datos que puedan influir negativamente en el crédito del afectado o simplemente se refieran a su morosidad deben desaparecer del fichero (v. por todas SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª, de 3-3-2000, JUR 2000\276025). Este plazo habrá de computarse conforme a lo establecido en el artículo 38.1,b del RD 1720/2007, **“desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico”** y no desde la fecha de inclusión del dato personal desfavorable en el fichero. En el mismo sentido, el artículo 41 del RD 1720/2007 exige la cancelación de los datos cuando se hubieran cumplido seis años contados a partir del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico, salvo pago de la deuda. Se admite, por tanto, la inscripción en el fichero de tantos asientos como vencimientos periódicos existan (STS 15-7-2010, RJ 2010\6272).

Hay que señalar que este plazo único de seis años es independiente del plazo de prescripción de la acción para exigir el pago de la deuda. De modo que la fijación de un único plazo de seis años desde el momento de vencimiento de la obligación puede impedir el acceso a los ficheros de datos de solvencia patrimonial de deudas que aún no han prescrito y que todavía pueden ser reclamadas (aunque el acreedor no se haya molestado en exigir su cumplimiento).

9ª. ¿Qué hacer si un usuario constata la inclusión improcedente de sus datos en un registro de morosos?

Como cualquier titular de datos personales, el usuario cuyos datos han sido incluidos en un registro de morosos tiene el derecho de acceso, rectificación,

cancelación y oposición, cuyo ejercicio se regula con carácter general en los capítulos I a IV del Título III del RD 1720/2007 con las particularidades previstas en el artículo 44. En concreto, el titular cuyos datos han sido incluidos en un RM de forma improcedente o aquél que observa que la cuantía de la deuda sobrepasa la cantidad realmente adeudada tiene derecho a exigir la cancelación del dato o su rectificación, respectivamente.

Estos derechos son de carácter personalísimo por lo que han de ejercerse por el titular o su representante, acreditando la representación. Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición son derechos independientes, de tal forma que no puede entenderse que el ejercicio de ninguno de ellos sea requisito previo para el ejercicio de otro. En cualquier caso, el procedimiento habilitado para ejercer tales derechos ha de ser "sencillo y gratuito" (art. 24.2 y 3 RD 1720/2007). A este respecto, el RD excluye expresamente la exigencia de medios que supongan un coste excesivo para el usuario como el envío de cartas certificadas o semejantes o la utilización de servicios de telecomunicaciones que implique una tarificación adicional al afectado (art. 24.3.II).

Cuando el responsable del fichero o tratamiento disponga de servicios de atención al público o para el ejercicio de reclamaciones relacionadas con el servicio prestado, el usuario podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición a través de dichos servicios.

El usuario ejercerá este derecho mediante solicitud dirigida al responsable del fichero, en este caso al responsable del fichero de información sobre solvencia patrimonial. La solicitud deberá contener los elementos exigidos por el artículo 25.1 del RD 1720/2007.

El responsable del fichero o tratamiento deberá responder la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición ejercida por el afectado aun cuando el mismo no hubiese utilizado el procedimiento establecido específicamente al efecto, siempre que el interesado haya utilizado un medio que permita acreditar el envío y la recepción de la solicitud, y que ésta contenga los elementos referidos en el párrafo 1 del artículo 25 del RD 1720/2007. El deber de respuesta se impone incluso aunque en el fichero no figuren datos del solicitante.

En particular, cuando el interesado ejercite sus derechos de rectificación o cancelación en relación con la inclusión de sus datos en un RM, se tendrán en cuenta las reglas del artículo 44 del RD 1720/2007¹⁰.

¹⁰ Artículo 44 RD 1720/2007. Ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición

1. El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición se rige por lo dispuesto en los capítulos I a IV del título III de este Reglamento, sin perjuicio de lo señalado en el presente artículo.
2. Cuando el interesado ejercite su derecho de acceso en relación con la inclusión de sus datos en un fichero regulado por el artículo 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1ª Si la solicitud se dirigiera al titular del fichero común, éste deberá comunicar al afectado todos los datos relativos al mismo que obren en el fichero.

Si los datos rectificadas o cancelados hubieran sido cedidos previamente, el responsable del fichero deberá comunicar la rectificación o cancelación efectuada al cesionario, en un plazo de diez días, para que éste, también en el plazo de diez días contados desde la recepción de dicha comunicación, proceda, asimismo, a rectificar o cancelar los datos.

Transcurrido el plazo sin que de forma expresa se responda a la petición, el interesado podrá interponer la reclamación prevista en el artículo 18 de la LOPD. Esto es, no atendida la solicitud de cancelación o rectificación, el usuario podrá dirigir una reclamación a la AEPD, que debe dictar la resolución expresa de tutela de derechos en un plazo máximo de seis meses. Contra las resoluciones de la AEPD procederá recurso contencioso-administrativo.

10ª. ¿Qué consecuencias jurídicas tiene la inclusión indebida en un RM?

Como se ha dicho, el primer mecanismo de reacción a activar por el interesado es el procedimiento para exigir la cancelación o en su caso rectificación de los datos (art. 44 LOPD). En caso de falta de respuesta o respuesta insatisfactoria en el plazo de diez días desde la recepción de la solicitud, el interesado podrá reclamar ante la AEPD la tutela de sus derechos (art. 18 LOPD).

En este caso, el titular del fichero común deberá, además de dar cumplimiento a lo establecido en el presente Reglamento, facilitar las evaluaciones y apreciaciones que sobre el afectado se hayan comunicado en los últimos seis meses y el nombre y dirección de los cesionarios.

2ª Si la solicitud se dirigiera a cualquier otra entidad participante en el sistema, deberá comunicar al afectado todos los datos relativos al mismo a los que ella pueda acceder, así como la identidad y dirección del titular del fichero común para que pueda completar el ejercicio de su derecho de acceso.

3. Cuando el interesado ejercite sus derechos de rectificación o cancelación en relación con la inclusión de sus datos en un fichero regulado por el [artículo 29.2](#) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1ª Si la solicitud se dirige al titular del fichero común, éste tomará las medidas oportunas para trasladar dicha solicitud a la entidad que haya facilitado los datos, para que ésta la resuelva. En el caso de que el responsable del fichero común no haya recibido contestación por parte de la entidad en el plazo de siete días, procederá a la rectificación o cancelación cautelar de los mismos.

2ª Si la solicitud se dirige a quien haya facilitado los datos al fichero común procederá a la rectificación o cancelación de los mismos en sus ficheros y a notificarlo al titular del fichero común en el plazo de diez días, dando asimismo respuesta al interesado en los términos previstos en el artículo 33 de este Reglamento.

3ª Si la solicitud se dirige a otra entidad participante en el sistema, que no hubiera facilitado al fichero común los datos, dicha entidad informará al afectado sobre este hecho en el plazo máximo de diez días, proporcionándole, además, la identidad y dirección del titular del fichero común para, que en su caso, puedan ejercitar sus derechos ante el mismo.

Sin perjuicio de la tutela de derechos por la AEPD (orden de cancelación o rectificación del dato indebidamente incluido en el RM), el incumplimiento de cualquiera de los requisitos expuestos constituye una infracción administrativa. La inclusión o mantenimiento en un fichero de este tipo por deudas inexistentes o la falta de comunicación tras el registro constituyen infracciones por vulneración del principio de calidad de los datos (art. 44.3,c y f LOPD, respectivamente en redacción dada por art. 56.3 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible), sancionables por la AEPD con multas de 40.001 a 300.000 euros (art. 45.2 LOPD en redacción dada por DF 56.3 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible).

En aquellos casos en los que la deuda que origina la inclusión en el registro de morosos trae causa en la contratación de servicios sin el consentimiento del interesado (supuestos de *slamming*), el acreedor incurre en doble infracción, vulnerando el art. 6.1 LOPD que exige el consentimiento expreso del interesado a todo tratamiento de sus datos personales y el art. 4.3 LOPD que proclama el principio de calidad de los datos (Resolución APD de 7-11-2006, R/00810/2006, Telefónica Móviles).

Naturalmente, la inclusión indebida en un RM puede dar lugar a la obligación de indemnizar los daños ocasionados bien en aplicación del artículo 1902 del Código Civil o bien por vulneración del derecho al honor o a la intimidad personal y familiar. En la mayoría de las ocasiones, los daños serán de carácter moral por el descrédito social que supone la inclusión en el RM o por la intromisión ilícita en la intimidad de la persona al dar a conocer datos inexactos que afectan a su solvencia económica (abundante casuística sobre esta cuestión en Ma Ángeles Parra Lucán, "Registros de morosos: Derecho civil y nulidad (parcial) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2011 (BIB 2011,53). No obstante, también cabe exigir indemnización por daños patrimoniales (ej. denegación de un crédito).

Los eventuales daños sufridos por el usuario derivados de la inclusión indebida en un registro de morosos habrán de ser liquidados en vía judicial o arbitral (art. 19 LOPD). De acuerdo con la doctrina general de responsabilidad por daños, el simple incumplimiento de alguno de los deberes previstos en la normativa de protección de datos no es suficiente para hacer nacer la obligación de resarcir los daños porque es preciso acreditar la existencia real de los mismos. La infracción de los deberes impuestos al acreedor o al responsable del fichero sólo dará lugar a la obligación de indemnizar si se prueban los daños ocasionados. Ahora bien, la existencia de perjuicios se presume siempre que se produzca una intromisión ilegítima en los derechos al honor o la intimidad del afectado (art. 9.3 LPDH), lo que ocurre si los datos son falsos, independientemente de que el registro haya sido o no consultado por terceras personas. Según tiene declarado el TS basta la inclusión indebida en el fichero para que se produzca la intromisión ilegítima y es al valorar el daño moral inferido cuando deberá ponderarse el tiempo que figuraron los datos en el

fichero y si el fichero fue o no consultado por las entidades asociadas (SSTS 24-4-2009, RJ 2009/3166 y 9-4-2012, RJ 2012/4638¹¹).

La doctrina no es pacífica respecto al obligado a indemnizar los daños. La citada sentencia del TS de 9 de abril de 2012 exonera de responsabilidad al titular del fichero de morosos por los datos erróneos. Sin embargo, esta exoneración no parece incontrovertible desde la perspectiva de la responsabilidad civil. Algún sector de la doctrina considera que "las previsiones reglamentarias de los artículos 43 y 44 del RD 1720/2007 no liberan al titular del fichero del deber de actuar diligentemente en su quehacer como prestador de un servicio de información, que ha de ser veraz, ni excluyen que, si dicha actuación no se lleva a cabo adecuadamente y produce un daño, pueda imputársele la responsabilidad civil pertinente según determina el artículo 19 LOPD"¹².

11ª. ¿Qué puede hacer la Administración de Consumo ante la inclusión indebida de un usuario en un RM?

Se consultaba al CESCO si el comportamiento de los operadores telefónicos es correcto, y si al no serlo, independientemente de la reclamación ante la AEPD, se podría plantear la denuncia ante la Administración de consumo.

Dada la existencia de un organismo especialmente encargado de salvaguardar el cumplimiento de la normativa específica de protección de datos personales y la articulación de procedimientos específicos para exigir la tutela de los derechos vulnerados, la denuncia se ha de presentar ante la AEPD (arts. 18 LOPD y 117 a 119 de RD 1720/2007) y no ante la Administración de consumo. Si la denuncia llega a los servicios de consumo, éstos deberán poner los hechos en conocimiento de la AEPD.

¹¹ Esta sentencia condena a la entidad bancaria, que incluyó en un RM los datos de una persona por una deuda inexistente, al pago de 12.000 euros en concepto de indemnización del daño moral más el coste del coche de segunda mano que tuvo que adquirir por no poder comprar uno nuevo, ya que la financiera del concesionario denegó el crédito por estar los datos incluidos en un RM.

¹² RUBIO TORRANO, E., "Inclusión indebida en fichero de morosos: intromisión ilegítima en el derecho al honor". *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2012 (BIB 2012\3143).